



Embargante: **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Embargado : **RIL COMÉRCIO LTDA.**

Relator : **DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA**

ACÓRDÃO

JUÍZO DE RETRATAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de Segurança com Pedido Liminar. Objetiva a Impetrante o afastamento da exigência do ICMS-DIFAL no período do ano de 2022. Sentença que indeferiu a inicial. Acórdão que acolheu, parcialmente, os embargos opostos pelo Estado Impetrado, restringindo o período para que a Impetrante não tivesse exação do ICMSDIFAL, no período de 01.01.2022 até 05.04.2022. Interposição de Recurso Especial. Decisão de devolução dos autos ao Órgão Julgador para exercício do juízo de retratação, sob fundamento do Tema nº 1266, do E. STF. Configurado direito líquido e certo da Impetrante. A Corte Suprema, ao concluir o julgamento do Tema nº 1266, da Repercussão Geral, considerou constitucional a cobrança do ICMS-DIFAL nas operações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte, à luz da anterioridade nonagesimal, reconhecendo ser válida a cobrança a partir de 04.04.2022 (90 dias da publicação da Lei Complementar nº 190/22). Com efeito, a Corte Suprema modulou os efeitos de sua decisão para contemplar os contribuintes que ajuizaram ações até 29.11.2023, e não recolheram imposto em 2022, quanto ao exercício de 2022, não se admitindo a exigência do DIFAL em relação aos contribuintes que ajuizaram ação judicial questionando a cobrança até a data de julgamento da ADI 7066 (29.11.2023), e tenham deixado de recolher o tributo naquele exercício. Demanda ajuizada em 03.03.2022. Entendimento do E. STF, no Tema nº 1266, que vincula todo o Poder Judiciário. Reforma do acórdão divergente, restando afastada a exigência do DIFAL em relação ao exercício de 2022. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO PARA ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA IMPETRANTE E REJEITAR OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO ESTADO IMPETRADO EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 1.030, II, DO CPC, REFORMANDO A SENTENÇA, NO SENTIDO DE QUE AQUELA NÃO SEJA TRIBUTADA PELO DIFAL NO ANO DE 2.022.

Secretaria da Terceira Câmara de Direito Público

Rua Dom Manuel, 37, 4º andar – Lâmina III

Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-090

Tel.: + 55 21 3133-6006 – E-mail: 06 cciv@tjrj.jus.br





Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº. **0077840-15.2022.8.19.0001**, em que é Embargante **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e Embargado **RIL COMÉRCIO LTDA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em exercer o Juízo de Retratação previsto no artigo 1.030, II, do CPC, no sentido de acolher o recurso de embargos de declaração oposto pela Impetrante, e rejeitar o recurso de embargos de declaração oposto pelo Estado Impetrado, com a consequente reforma do acórdão divergente, em consonância com o Tema nº 1266, do E. STF, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, data da sessão de julgamento.

DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
RELATOR



RELATÓRIO:

Trata-se de recurso de embargos de declaração interposto pelo **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, contra o acórdão de index 262 que, nos autos da ação em que contende com **RIL COMÉRCIO LTDA** deu provimento parcial ao recurso por esta interposto, reformando a sentença e, concedendo a ordem postulada, no sentido de que a mesma não tivesse exação do DIFAL-ICMS, no ano de 2022, no período fixado no pedido autoral, bem como, tivesse direito à repetição do indébito, reconhecendo-se o seu direito à restituição ou à compensação administrativa dos valores referentes à cobrança indevida do ICMS-DIFAL, nos últimos cinco anos.

Em suas razões recursais, no index 282, o Estado Impetrado aduz a existência de omissões no julgado.

Contrarrazões da Impetrante no index 288.

Interposição de Recurso Extraordinário index 00317

Decisão do Exmo. Desembargador 3º Vice-presidente, determinando a devolução dos autos a este Órgão Julgador, para reexame da controvérsia, em consonância com as teses firmadas no Tema nº 1.266, do E. STF, em estrita observância ao disposto no artigo 1.030, inciso II, do CPC.0421 no index 353.

É o relatório.

VOTO:

Como constou do relatório acima, foi determinado o retorno dos autos à esta Câmara, com fundamento no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, para eventual exercício do juízo de retratação à luz do Tema nº 1266, do E. STF, com o seguinte teor:

“À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, ENCAMINHO OS AUTOS AO ÓRGÃO JULGADOR para reexame da controvérsia em consonância com as teses firmadas no Tema 1.266 do STF, nos termos da fundamentação supra.” (sic)

In casu, após o exame das razões recursais, observa-se que os Embargantes pretenderam modificar o julgado, sem que tenha ocorrido omissão, obscuridade, contradição ou erro material, revelando-se que o intuito dos mesmos era, tão somente, a modificação do acórdão alvejado.

Com efeito, o suso aludido Tema nº 1266 do E. STF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, tratou sobre “a incidência ou não das garantias da anterioridade anual e nonagesimal em face da administração tributária, com vistas a



assegurar princípios como o da segurança jurídica, da previsibilidade orçamentária dos contribuintes e da não surpresa e, de outro, a conformação normativa que permitiu, observados os parâmetros previstos na Lei Complementar 190/2022, o redirecionamento da alíquota do ICMS, conforme previsto na Emenda Constitucional 87/2015”.

Desse modo, insta destacar que foram fixadas as seguintes teses, conforme abaixo colacionadas, textualmente:

“I - É Constitucional o art. 3º da Lei Complementar 190/2022, o qual estabelece vacatio legis no prazo correspondente à anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, ‘c’, da Constituição Federal. II - As leis estaduais editadas após a EC 87/2015 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 190/2022, com o propósito de instituir a cobrança do Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 190/2022. III- Contribuintes que ajuizaram ação judicial (modulação dos efeitos) - Exclusivamente quanto ao exercício de 2022, não se admite a exigência do DIFAL em relação aos contribuintes que tenham ajuizado ação judicial questionando a cobrança até a data de julgamento da ADI 7066 (29/11/2023), e tenham deixado de recolher o tributo naquele exercício.” (sic-grifos nossos)

Destarte, a controvérsia ora trazida à colação cinge-se sobre a existência ou não de omissão no julgado, no tocante à aplicação do “princípio nonagesimal”, bem como, da obrigatoriedade de recolhimento do ICMS-DIFAL no exercício de 2022.

Nesse ponto, cumpre ser, novamente, enfatizado que o Mandado de Segurança é remédio constitucional hábil a proteger direito líquido e certo não amparado por Habeas Corpus ou Habeas Data, quando a autoridade pública agir com ilegalidade ou abuso de poder, evitando, assim, dano irreparável.

Outrossim, as alegações apresentadas pelo Estado Impetrado/embargante são desprovidas de fundamento jurídico, sendo evidente a tentativa de se rediscutir a matéria, no tocante à anterioridade nonagesimal e restituição de valores, com o fito de reanálise da matéria.

Do compulsar dos autos, é possível observar que a Impetrante/1ª embargante impetrou Mandado de Segurança Preventivo, objetivando a concessão da ordem, assegurando-se o direito líquido e certo da Impetrante de não se submeter ao recolhimento do ICMS-DIFAL nas operações interestaduais que tenham como



destinatário consumidor final não contribuinte do ICMS situado no Estado do Rio de Janeiro, realizadas no curso do ano-calendário de 2022.

Mister se faz consignar que o E. STF, ao concluir o julgamento do Tema nº 1266, da Repercussão Geral, considerou constitucional a cobrança do ICMS-DIFAL nas operações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte, à luz da anterioridade nonagesimal, reconhecendo ser válida a cobrança a partir de 04.04.2022 (90 dias da publicação da Lei Complementar nº 190/22).

Com efeito, como visto no “item III”, das teses do Tema nº 1266, a Corte Suprema modulou os efeitos de sua decisão para contemplar os contribuintes que ajuizaram ações até 29.11.2023 e não recolheram imposto em 2022, quanto ao exercício de 2022, não se admitindo a exigência do DIFAL em relação aos contribuintes que ajuizaram ação judicial questionando a cobrança até a data de julgamento da ADI nº 7066, ou seja, até 29.11.2023, e tenham deixado de recolher o tributo naquele exercício.

Destarte, após análise acurada dos autos, em juízo de retratação, em conformidade com a norma do artigo 1030, II, do CPC, imperiosa, pois, a revisão da orientação adotada por este Colegiado, a fim de adequá-la à limitação temporal estabelecida pelo E. Supremo Tribunal Federal, desobrigando a Impetrante/embargada do pagamento da exação no exercício de 2022, contemplada na hipótese das sociedades empresárias que ajuizaram ações judiciais até 29.11.2023 e não recolheram o supramencionado imposto.

Pelo exposto, voto no sentido do exercício do juízo de retratação, a fim de reformar o acórdão constante do indexador nº 299, em conformidade com a norma delineada no artigo 1030, II, do CPC, porquanto o entendimento, anteriormente, adotado destoa do Tema nº 1266, do E. STF, para acolher os embargos opostos pela Impetrante, e rejeitar os embargos opostos pelo Estado Impetrado, afastando, assim, a exigência do DIFAL em relação ao exercício de 2022.

Rio de Janeiro, data da sessão de julgamento.

**DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
RELATOR**